Lima, noviembre de 2007 - Año 5
revista de actualidad jurídica
www.enfoquederecho.com

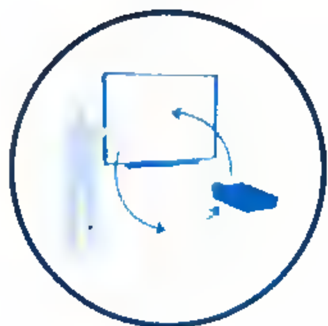


enfoque DERECHO
66

unapublicacióndethemis

SMART Board™

Technologies.Inc.



La pizarra interactiva SMART Board™ convierte cualquier computador y proyector en una potente herramienta de enseñanza, colaboración y presentación. Cuando proyecta la imagen del computador en la pizarra interactiva, solo tiene que presionar en su superficie sensible al tacto para acceder a cualquier aplicación del computador y trabajar con ella Realice anotaciones utilizando los plumones SMART (sin pilas ni baterías) o utilizando su dedo directamente sobre la superficie de la pizarra, guardando la información en el computador.

SMART Board™
www.smarttech.com

Maximize your SMART
classroom with lesson
activities, free software,
professional development
programs and more.

Top Technologies

Representante Exclusivo

Telef.: 446.9930
www.smartboard.com.pe
www.smarttech.com
Email: contacto@toptechnologies.com.pe

ÍNDICE

Sugerencias y comentarios
enfoque@revistathemis.com
www.enfoquederecho.com

En la Mira

Fuera de juego

Todos los que han pasado por la PUCP, y los que aún lo estamos haciendo, nos podemos sentir orgullosos de nuestra casa de estudios. No cabe duda que se trata de una de las Universidades más prestigiosas de nuestro país que, además de garantizar una adecuada formación profesional, tiene la cualidad de buscar una formación integral en los estudiantes haciendo que estos tengan la posibilidad de desarrollarse en diversas áreas que vayan más allá de lo estrictamente académico.

En ese sentido un estudiante de la PUCP dentro del campus tiene la posibilidad de realizar distintas actividades extracurriculares que, con seguridad, no son muy conocidas por la gran mayoría de las personas que frecuentamos la PUCP. Dentro de este gran número de actividades el deporte, en sus distintas disciplinas, evidentemente es una de las más conocidas.

Es así que cualquier alumno tiene la posibilidad de "inscribirse en alguna disciplina deportiva en el campus", es decir que una gran variedad de actividades deportivas se encuentran a la disposición de los alumnos que deseen practicarlas. Existe una infraestructura adecuada, en la mayoría de los casos, y hay ligas internas, juegos interfacultades, olimpiadas entre promociones, etc. Es decir que hay distintas posibilidades para que los alumnos que lo deseen hagan deporte dentro de la Universidad. Esta situación es absolutamente pertinente en una Universidad que pretende dar la formación integral que brinda la PUCP. No obstante ello, entiendo que el hecho de simplemente brindar esa posibilidad no significa que la Universidad apoye al deporte como generalmente lo pretende demostrar.

Desde mi experiencia he podido comprobar que son muchos los estudiantes de la PUCP que complementan su vida académica o profesional realizando actividades deportivas. Todos ellos quisieran encontrar en su Universidad un lugar en el que puedan progresar en este aspecto de su vida de igual manera como se desarrollan académica o profesionalmente en sus respectivas facultades. Este es el ámbito en concreto en el que se debería desarrollar el deporte en la Universidad y en el que correspondería brindar el apoyo necesario, el cual finalmente considero que no existe porque no hay una política dirigida a tener un alto nivel competitivo.

Existen deportistas destacados que deciden no representar a la PUCP en competencias oficiales porque simplemente no desean hacerlo, y entiendo que no lo desean porque no ven en la PUCP un lugar para desarrollarse adecuadamente en la práctica de su deporte. Por otro lado la mayoría de los deportistas de la PUCP que participan de competencias oficiales, considero que lo hacen solo por el placer de competir y representar a su Universidad, pensando lo mismo que los que ya no lo quisieron hacer. Finalmente por ello lamento que muchos de los deportistas de la PUCP que tienen las condiciones para alcanzar un alto nivel competitivo, deben buscarlas desarrollar fuera de la Universidad.

Por otro lado en estos días la Universidad ha abierto unas denominadas "Escuelas de Formación Deportiva" en las cuales, como en cualesquiera otras academias privadas para niños y jóvenes de entre 5 y 18 años, pretende dar clases de fútbol, básquet, vóley, etc. No tengo ninguna opinión a favor o en contra de que la PUCP haya decidido crear estas academias, lo único que puedo decir es que se trata de una actividad completamente ajena al deporte que realizan los alumnos de la Universidad y que, en consecuencia, no refleja para bien ni para mal el apoyo que la Universidad pretende dar al deporte.

La crítica que me estoy permitiendo realizar no va dirigida directamente a una falta de recursos económicos para el deporte. Existen beneficios, en determinadas ocasiones, para los deportistas que se pueden considerar adecuados o no, cuestión que es de otra discusión. Finalmente, con beneficios o no, los deportistas que quieren seguir practicando su deporte no lo van a dejar de hacer. Lo que pretendo reflejar con estas líneas es que la política que tiene la PUCP para el deporte no va dirigida a tener un nivel competitivo, sino únicamente a brindar la posibilidad de practicar deportes. Y que como toda línea política es solo una decisión que, sin embargo, las personas que quisiéramos dentro de la PUCP desarrollar un alto nivel competitivo en el ámbito deportivo, lamentamos.

El Director

DIRECTOR
Carlos Clave [illegible]

COMITÉ DE EDICIÓN
Agustín Grández Mariño
Alejandra [illegible] de Aguila
Alvaro Palao Carrera
Manuel [illegible]
Miguel [illegible] Rodríguez

COLUMNISTAS
Alfredo [illegible], Mario [illegible], Cecilia [illegible], Fritz Du Bois, Luis Pizarro y William Monning

CARTOON
Beatriz Chung

PANEL DE ANALISTAS
Agustín de la Puente
Comercial
Cayetana Aljovín
Telecomunicaciones
Cecilia O'Neill
Comentarista jurisprudencia
[illegible] Salinas
Constitucional
Freddy Escobar
Civil
Giovanni Priori
Comentarista jurisprudencia
Humberto Medrano
Tributario
Jorge Danós
Administrativo
Jorge Toyama
Laboral
[illegible]
Derecho de Familia
[illegible]
Derecho Concursal
Julio [illegible]
[illegible]
[illegible]
Minero
María Teresa Quiñones
Ambiental
María Eugenia [illegible]
Privatizaciones [illegible]
Extranjera
Rafael Corzo
Banca y Seguros
Ramón Vidurrizaga
Comentarista [illegible]
Roger Yon
Penal

ANALISTAS INVITADOS
César Bazán
Eduardo Sotelo

IMPRESIÓN
Imp. Mystic Rosa S.A.
265-6802 [illegible]
[illegible]



Enfocando la realidad

Punto de vista

El outsourcing de la guerra: la Privatización de la Guerra en Irak

William Monning

El 16 de septiembre de 2006, 17 civiles iraquíes fueron asesinados por una lluvia de balas en la plaza de Nisoor (Bagdad), disparadas por armas de contratistas privados militares empleados por Blackwater USA. Documentación de este tiroteo ha despertado la preocupación del público y el inicio de una investigación por parte del Congreso de los Estados Unidos. No es novedad escuchar reportes de "soldados" privados que hacen uso indiscriminado y letal de la fuerza en Irak, Afganistán y Colombia, lo que resulta novedoso es que estos hechos se conviertan en sujeto de atención de los medios y del escrutinio legal.

Durante la permanencia en el cargo de Donald Rumsfeld, como Secretario de Defensa, el Ejército de los Estados Unidos ha trasladado funciones, exclusivas de las fuerzas militares, a contratistas privados. Ahora existen en Irak unos 180 mil contratistas privados, que superan en número (aproximadamente en 20 mil) a las fuerzas militares norteamericanas. No todos estos contratistas privados se encuentran vinculados a operaciones de combate, el Gobierno ha realizado contratos de outsourcing para servicios de comida, trasporte, salud, vivienda y seguridad. El personal de seguridad fue contratado a través de Blackwater USA, que incluye a veteranos del ejército de los EE.UU. y a extranjeros que han sido entrenados como fuerzas especiales de combate. Este personal privado de seguridad ha sido asignado a proteger oficiales militares de alto rango, civiles y dignatarios foráneos, cuando estos son trasladados a través de zonas de combate en Irak.

Se ha reportado que el Secretario de Defensa, Donald Rumsfeld, le pidió a su equipo de trabajo que buscaran, dentro del Departamento de Defensa, funciones que pudieran ser realizadas de una manera mejor y más barata utilizando outsourcings comerciales (como señala Brian Cook en In These Times, noviembre 2007).

Este outsourcing de la guerra, no ha significado para los contribuyentes norteamericanos un ahorro significativo. El personal que provee Blackwater USA, puede ganar en un día lo que un soldado de las fuerzas armadas norteamericanas percibe en una semana o más. Pero tal vez más preocupante que el ahorro o no que genera el outsourcing de servicios relacionados con la guerra es la falta de responsabilidad y la falta de rendición de cuentas de estas fuerzas mercenarias. La muerte de 17 civiles iraquíes a manos de soldados privados de Blackwater en septiembre no se encuentra dentro de la "competencia" de tribunales militares norteamericanos y tampoco de tribunales iraquíes o cortes civiles norteamericanas.

Esta aparente inmunidad penal y civil del ejército privado de Blackwater está siendo desafiada por abogados de los familiares sobrevivientes de la masacre de septiembre. The Center for Constitutional Rights (CCR) ha presentado una demanda en la corte del distrito federal de Columbia. La demanda federal tiene como acusados a Blackwater USA y a su director ejecutivo y fundador, Erik Prince.

Los abogados, que representan a las familias de los civiles iraquíes muertos, buscan la competencia de cortes federales americanas basados en el Alien Tort Claims Act (ATCA) que provee a no nacionales norteamericanos la posibilidad de presentar una acción judicial frente a compañías de los EEUU que debido a su conducta ha producido lesiones o muerte en países foráneos. Casos similares han sido presentados por familiares sobrevivientes de víctimas de la violencia de grupos paramilitares apoyados por compañías norteamericanas que realizaban negocios en Colombia.

Si bien es prematuro especular acerca de la resolución final de la corte federal en el caso Blackwater, estos incidentes han traído a la luz pública la cuestión del soporte y mantenimiento de fuerzas privadas de combate en Afganistán, Irak, y Colombia.

La combinación de búsqueda de lucro de las compañías de contratistas privados y la cercanía de estas con miembros de la Administración Bush, sugieren un retorcido acuerdo para prolongar o mantener la guerra mientras esta sea buena para los negocios y genere ganancias.

Abriendo los Ojos

Decisiones, cada día...

Manuel Privat

Luego de catorce meses de iniciado el segundo gobierno aprista, el Consejo de Ministros (conformado por el Presidente de la República y sus dieciséis ministros) está atravesando por uno de sus más difíciles momentos. Y es que la ineficiencia en más de un ministerio así como desatinadas iniciativas ya no solo son motivo de molestia para el Presidente y el partido de gobierno, sino que llegan incluso a ser, desafortunadamente, palpables por los ciudadanos. Por tal motivo, más de una voz afirma que se analizan cambios en el gabinete.

Los problemas se inician con la compra frustrada de patrulleros que trajo consigo la salida de la ministra Pilar Mazzetti. Su sucesor, Luis Alva Castro, ha tenido similares problemas al intentar concretar la compra de pertrechos y patrulleros, tanto fue así, que semanas atrás fue interpelado aunque con poca fortuna. Sin duda, es candidato para ser relevado del puesto. En el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, los buses-camión, el colapso de las redes telefónicas durante el sismo del 15 de agosto y los constantes accidentes de buses interprovinciales parecen haber afectado la estabilidad de Verónica Zavala. En los últimos días, los inconvenientes llegaron al Ministerio de Salud quien (después de la fecha de cierre de la presente edición) habrá tenido que responder un pliego interrogatorio por la compra supuestamente sobrevaluada hecha por el Seguro Integral de Salud, así como el contagio de VIH a algunos pacientes en hospitales públicos. En los demás ministerios se han venido suscitando problemas pero quizá de menor trascendencia para los medios de comunicación.

A pesar de lo dicho, hay ministerios que, a ojos de la gente y diversos medios periodísticos, vienen haciendo las cosas bien, tal como lo manifiestan las últimas encuestas realizadas en el país. Es el caso de los ministerios de Comercio Exterior, Vivienda y de la propia Presidencia del Consejo de Ministros, que lidera Jorge del Castillo.

Particularmente, creemos que si es el momento de hacer cambios en el gabinete, estos deben realizarse tomando en cuenta tres elementos: uno, el gabinete debe ser renovado con técnicos, gente capaz que tenga algún tipo de experiencia en el sector al cual se va a incorporar; dos, deben ser personas ajenas al partido de gobierno para tener un manejo de los ministerios más transparente e independiente; y tres, que sean personas con capacidad de decisión. Sumado a esto, creemos que muchas veces no toda la responsabilidad debe recaer sobre la cabeza del ministerio sino que también esta debe atribuirse a los órganos que conforman estos organismos.

La función administrativa debe caracterizarse por su eficiencia y eficacia, esto es, la consecución de metas y objetivos trazados maximizando el correcto empleo y manejo de los recursos que dispone. Creemos que es la única forma para que aquel ciudadano que espera la ayuda de un gobierno, carente de ciertas prestaciones esenciales o se atiende en un hospital público comience a percibir los cambios que hace tanto tiempo espera.



La evaluación de magistrados: innovaciones de la aún no nata ley de carrera judicial

César Bazán

¿Qué duda cabe que cualquier funcionario aún aquel del más alto nivel debe ser evaluado en su ejercicio profesional? y ¿qué duda cabe que cualquier institución requiere de un sistema integrado de evaluación para determinar si su personal está alcanzando estándares mínimos de excelencia y en virtud de eso plantear premiaciones o correctivos correspondientes?

Como ello es imprescindible, por determinación constitucional existe a nivel del Poder Judicial y Ministerio Público un sistema embrionario de evaluación, conocido como las ratificaciones, previsto para realizarse en un plazo poco idóneo (cada siete años) y cuya consecuencia se limita a establecer si el juez o fiscal mantiene su puesto en la institución o si, por el contrario, se le retira del mismo.

Las ratificaciones fueron identificadas ya hace un buen tiempo como un mecanismo embrionario y poco funcional para evaluar el desempeño de los magistrados (JUSTICIA VIVA, Bases para la Regulación de la Carrera Judicial y Fiscal, Lima: Justicia Viva, 2004) y fue señalado así en el Plan de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS), presentado al país en abril de 2004, y que ha servido de fuente principal de la aún no nata ley de carrera judicial en debate en el Congreso.

Por ello es necesario replantear el sistema de evaluación del desempeño de jueces, en el sentido previsto por el dictamen de ley de carrera judicial, de modo tal que se superen las tradicionales taras de la ratificación de magistrados. Así, aquel se realizará cada tres años y no cada siete y tendrá como resultados no sólo la separación o el mantenimiento del puesto, sino que servirá para elaborar un cuadro de méritos, determinante para, entre otros, los ascensos provisionales, igualmente se podrá identificar las falencias de los magistrados e implementar medidas para superarlas, y finalmente en el extremo caso que el actor no sea "recuperable" se le retirará del cargo. Además de ello, la ley en debate establece con claridad cuáles son los campos materia de evaluación y su peso en el resultado final (ver recuadro). Todo ello, acompañado de los principios que rigen la evaluación, así como de los criterios que determinan qué se analizará en cada campo.

Campo	Porcentaje
Calidad de las resoluciones	30%
Gestión de procesos	20%
Celeridad y rendimiento	30%
Organización del trabajo	10%
Publicaciones	5%
Desarrollo profesional	5%

Elaboración propia
Fuente: Dictamen de Ley Orgánica de Carrera Judicial

El mecanismo de evaluación de desempeño estará a cargo de una comisión bipartita (de dudosa constitucionalidad) compuesta por representantes del Consejo Nacional de la Magistratura y el Poder Judicial.

Ahora bien, lamentablemente el dictamen establece un trato discriminatorio favorable a los vocales supremos, quienes no serán evaluados cada tres años, como todo el resto de jueces, sino cada siete, y sobre la base de dos de los seis campos: calidad de las resoluciones y desarrollo profesional.

Desde luego, contar con un sistema evaluación de desempeño como el descrito que supere además las inconsistencias advertidas es un paso sumamente importante para profesionalizar la justicia peruana y proteger la independencia de los jueces, y así contar no sólo con una mayor calidad en el servicio, sino también para gestionar de manera adecuada el desarrollo del talento humano en la judicatura.

Desenfocados



De Censos y Censores

Jorge Bernedo
Consultor en estadística y desarrollo humano

Estadística viene de Estado, solemos recordar. A su vez, Estado no solamente es la institución, sino que tiene la acepción, algo desusada pero para este caso importante, de ser también la acción de gobernar. Y en efecto, el origen de esta ciencia o técnica, es la aplicación de las matemáticas inicialmente en el conteo de personas, bienes, producción para procurar el buen gobierno. El conteo de las personas es el origen del censo. En las épocas pretéritas, en el imperio romano o en el propio imperio de los Incas, tenía fines tributarios. Los malos censos, incluso, podían originar penas severas a los funcionarios responsables, en el caso peruano, inclusive el desbarrancamiento, la pena de muerte, según algún cronista. Claro, la subestimación de personas era a la vez la subestimación del tributo. En los censos coloniales peruanos, por ejemplo, queda muy clara la función tributaria.

Los censos, luego, han sido esencialmente demográficos. Desde el siglo XIX, donde están los albores de las discusiones sobre la dinámica de la población, los censos se redefinen y adquieren el estatus de ser la principal herramienta de la demografía. Se trata desde entonces, no solamente de saber cuántas personas hay, sino sobre todo de cómo varían y se distribuyen en el territorio, para lo cual hay que averiguar la rapidez con que se nace, la rapidez con la cual se muere y el saldo de la migración (cuántos salen y cuántos ingresan al país). Se puede agregar algunos temas, en especial, algunas características básicas de la fuerza de trabajo, y para el gusto de quién escribe esta nota, sobre todo los ingresos aproximados de las personas.

¡Nuestros últimos censos!

En esta década el Perú ha tenido dos censos, uno en el 2005 y otro en 2007, ambos criticables, desde distintos puntos de vista. Ello en lugar al que correspondía en el año 2000, pues existe la recomendación internacional de las Naciones Unidas de hacer los censos en los años terminados en cero, preferiblemente el 30 de junio, que es el punto medio del año y facilita las proyecciones.

El censo del 2005 fue completamente atípico. Se realizó durante casi un mes, con el intermedio de las Fiestas Patrias, a través de terceras personas (un adulto cualquiera, hasta los vecinos en muchos casos, podía declarar por el resto), y prácticamente no averiguaba nada, apenas el parentesco con el jefe de familia, el sexo, la edad, el estado civil, la condición de actividad, el nivel educativo y la asistencia escolar. Paralelamente, variables relativas a la vivienda. El resultado fue una omisión escandalosa (muy por encima, alrededor del triple, del reporte oficial de 3.8 por ciento) y la deficiencia en la información (los demógrafos no pueden saber nada con esta data). Era esperable el resultado, la gente se movía y viajaba por todas partes precisamente para evitar eso se le inmoviliza. Las terceras personas no pueden acertar las edades, por ejemplo. La justificación para esta "innovación" era que después podrían realizarse súper encuestas que irían reportando, esta vez con mayor detalle, las características de la población. Solamente se ha realizado una mega encuesta de 300 mil hogares en el 2006 (se necesitan 25 de esas para cubrir a la población total). A esto se le llamaba "censo continuo". De mi parte, no lo entiendo y en cuanto a las evidencias, no es muy útil.

Luego ha venido el censo de 2007, atacado de antemano por la campaña del anterior jefe del INEI y la prensa desinformada, además de algunos investigadores respetables en otros temas. Había algunas razones para la crítica, debemos reconocer. La más visible, la premura y la improvisación. Que una semana antes del censo no se había llegado sino a la tercera parte de los encuestadores necesarios y se les haya reclutado a marchas forzadas, va a tener efectos importantes en la calidad de la información. La razón técnica es que este censo, para fines demográficos, es también incorrecto: no pregunta lo suficiente acerca de la mortalidad y la natalidad, sobre la migración ignora igual que el censo anterior el lugar de nacimiento de las personas y no se sabe entonces ni cuántos extranjeros hay en el país. Le sobran cosas que lo encarecen innecesariamente: toda la parte del censo de vivienda, la religión, la afiliación en el seguro de salud, las discapacidades. Y es que ni siquiera todo lo importante puede ser materia censal. El censo es demográfico y de lo fundamental de economía. Para el resto hay encuestas, e incluso técnicas para aplicar los resultados de las encuestas al censo.

La mala crítica

Las críticas, sin embargo otra vez desinformadas se centraban en el hecho que se inmovilizaba la población (como en todos los censos del siglo pasado, incluyendo al de 1993), con el expreso de no dar libertad a quienes ya estaban censados, proveyéndolos de un sticker o entintándoles un dedo. Pero esto no era lo esencial. Los países en desarrollo si no recurren a la inmovilización es difícil que censen bien salvo operaciones muy amplias de encuestas de una semana o plazos parecidos, con mucha colaboración de la población. De paso, los países desarrollados no hacen censos, sus estadísticas son continuas (lo saben todo, todo el tiempo). No fue nuestro caso. Pero tal vez lo más importante es que el censo no ha fracasado en la captación de datos, gracias a la población, a la policía, al esfuerzo de los empadronadores improvisados, y a la vocación del mal pagado y denostado INEI. Con una campaña en contra, esto ha sido casi milagroso.

El culpable escondido

Desde el balcón, el Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, MEF), sonríe sardónicamente. Buena parte de estos desaguisados son de su fuerte. En el MEF nunca se ha entendido la importancia de la estadística, preocupados más por el juego de intereses, por su autosuficiencia, o despreocupados por su ignorancia en el tema, a pesar de sus otros aciertos. Pero hay que decirlo. No pueden hacerse censos de pocas preguntas, no pueden hacerse censos de ocho meses y bien hechos. No pueden hacerse censos que no se discutan ampliamente. No pueden hacerse censos baratitos, "ahorrando" todo lo posible, hasta el extremo de que en realidad se pierde la inversión.

¿Y ahora?

Para el futuro, el INEI, tiene una buena preocupación en procesar estas cédulas llenas de errores, en proporciones récord. Pero eso es soluble, sobre todo si el MEF apoya, alguna vez, con el pago de algunos miles de críticos y codificadores bien entrenados. Se necesita verdaderos magos de la demografía para sacar, de esta data, proyecciones buenas. También de buenos investigadores para darle el uso debido. Con una buena transparencia, además de las acciones del propio INEI, pueden divulgarse los resultados limpios a la academia y la sociedad civil, para que hagan estadística, es decir para que pongan los datos al servicio del buen gobierno.



Las mujeres arriba

Entrevista a:

Carrie Cohen
Abogada del Cyrus R. Vance Center for Internacional Justice del New York City Bar

María del Carmen Tovar
Socia del Estudio Echecopar

Por Miguel Morachimo

Gracias al Estudio Echecopar, este mes Enfoque Derecho tuvo la oportunidad de entrevistar a Carrie Cohen, abogada investigadora del New York City Bar. La doctora Cohen publicó hace unos meses un estudio sobre el rol de la mujeres en el mercado laboral legal y vino a Lima para participar en una mesa redonda junto a otras abogadas peruanas en donde se discutieron las conclusiones de su trabajo así como la realidad del tema en nuestro medio.

¿Qué la motivó a empezar su estudio?

Carrie Cohen (CC): El proyecto fue iniciado por el Comité de Mujeres en la Profesión del New York City Bar. El New York City Bar es una asociación de afiliación voluntaria que agrupa a abogados de Nueva York y está dividido en grupos de trabajo o comités. Tuve la oportunidad de presidir el Comité de Mujeres en la Profesión desde el 2004 hasta el 2007. Uno de los proyectos en los que decidimos trabajar fue la elaboración de un estudio que contenga soluciones prácticas para ayudar a que las abogadas se mantengan y avancen en el mercado laboral legal. Ya hace diez años el Comité había elaborado un reporte sobre este mismo tema llamado "Glass ceilings and open doors: women advancement in the legal profession" que había encontrado que las mujeres no estaban siendo consideradas para cargos importantes en los estudios de abogados o, si lo estaban, representaban una proporción muy reducida respecto de la de los hombres. Este estudio fue elaborado en 1995, época en la que recién se veía en las facultades una proporción equivalente entre hombres y mujeres egresados. Se dijo que la desproporción que había denunciado el primer reporte se debía a que había muchas abogadas que aún eran jóvenes, y por ende no podrían ser socias de estudios importantes. Fue así que, diez años después, nos dijimos que ya había pasado el tiempo suficiente como para que este fenómeno se revierta, ya que en los Estados Unidos una generación de profesionales dura diez o quince años en rotar. Queríamos comprobar si es que las mujeres habían empezado a ser asociadas o socias de los estudios de abogados. Desafortunadamente, encontramos que si bien había más mujeres como socias y consejeras generales, la proporción para todo el país era aún del 17% aproximadamente, ocupando los hombres el 83% restante. Es decir, seguía siendo un fenómeno negativo para la mujer si se toma en cuenta que la proporción de egresados y egresadas de las facultades había sido del 50% para cada grupo en los últimos diez años.

Más que plantearnos únicamente por qué era que sucedía esto decidimos proponer formas de solucionar el problema. No éramos sociólogos ni estadísticos, éramos abogados y pensamos que lo mejor que podríamos hacer era formular soluciones prácticas que den ideas a los empleadores de cómo retener e incentivar el avance de las abogadas dentro de sus centros laborales. Pasamos casi año y medio revisando trabajos similares que se habían hecho por otras asociaciones de los Estados Unidos. Organizamos, también, grupos de discusión y mesas redondas con las principales mujeres abogadas de distintos estudios legales y empresas. De esa forma, a través de las impresiones que recogimos de estas reuniones, pudimos identificar los puntos más importantes que podían ayudar a las abogadas a progresar en la profesión con igualdad. También nos reunimos con abogadas junior, egresadas e incluso con trabajadores de firmas contables, cuya organización funciona de forma similar a las firmas legales en Estados Unidos. Fue interesante porque en el mercado de la Contabilidad no existía esta desigualdad y pudimos conocer las medidas que se habían tomado para evitarla y obtuvimos muchos buenos consejos por ese lado. Fue así que a través de un simposio de un día entero llegamos a elaborar una lista de diez principales puntos a tomar en cuenta por el empleador, y dentro de cada punto ideas prácticas para poder implementarlo.

¿Cómo ha sido la recepción de su Reporte en Estados Unidos?

CC: Sabemos que nuestras recomendaciones ya se están discutiendo y desarrollando dentro de estudios de abogados y empresas en los Estados Unidos. En muchos casos se han formado comités que llevan a cabo reuniones y toman el Reporte como una guía de tópicos de debate. He podido participar en algunas de esas discusiones y la experiencia es muy positiva ya que a la vez enriquece el Reporte. El Reporte no es un documento cerrado ni una verdad categórica, es una invitación a discutir el rol de la mujer en el centro de trabajo.

Sabemos que Usted estuvo este año en Argentina participando de una serie de mesas redondas sobre estos temas. ¿Cómo fue la recepción de su Reporte allá?

CC: Gracias al Vance Center, institución que trabaja en muchos países de Latinoamérica, pude viajar a Argentina y participé de varias mesas redondas con alrededor de cincuenta abogadas argentinas discutiendo las conclusiones de nuestra investigación. La aceptación fue fantástica. Allí también hay igual proporción de hombres y mujeres egresados de las facultades y tampoco se comprueba en el mercado laboral legal una presencia de la mujer proporcional a la del hombre. Además, fue muy interesante porque pudimos descubrir que muchas de las cosas que nos habían dicho las abogadas de Nueva York nos lo decían también las de Buenos Aires. Esta tarde, conversando con María del Carmen también he sentido lo mismo. Lo bueno de nuestro estudio es que es muy amplio así que se puede abordar desde distintos puntos de vista para acomodarlo a la situación del mercado laboral o de la empresa en particular. Algunas de las recomendaciones pueden funcionar en ciertas empresas y otras no, dado que la cultura empresarial puede ser distinta en cada lugar, pero lo bueno es que ya tienes todo en un solo documento y sabes a dónde recurrir. Aún mantengo contacto con ellas y sé que continúan reuniéndose y están compartiendo sus experiencias con otras abogadas y a la vez con nosotros, y esa retroalimentación nos ayuda a mejorar nuestro Reporte.

Ha mencionado la similitud de situaciones entre Argentina y Estados Unidos en este tema. ¿Cree

Usted que sus recomendaciones pueden ser aplicadas en Sudamérica tal como están formuladas en su Reporte o necesitan ser adecuadas a nuestro panorama local?

CC: Creo que cada institución, en cada rubro, en cada país, tiene que ver el reporte como un todo y seleccionar lo que les resulte más apropiado de acuerdo a su realidad y empresa. Es posible que algunas partes funcionen mejor para una empresa de Estados Unidos pero no para una de Perú, y viceversa. Creo que ese es uno de los mejores aspectos del Reporte, que es muy flexible y puede ser adaptado a distintas situaciones.

En nuestro país, la discriminación en el mercado laboral no es solo un tema de género. Basta con leer los clasificados para encontrar ciertas demandas del empleador respecto de edades o universidades. ¿Cómo interactúa este tipo de discriminación con la de género? ¿Pueden ser tratadas en forma independiente o precisan medidas distintas?

CC: Creo que mucho de lo que está en el reporte puede ser aplicado a propiciar la diversidad en otros aspectos. En Estados Unidos también existen los requerimientos del empleador respecto de ciertas universidades. Los alumnos egresados de las mejores universidades consiguen los mejores puestos en las mejores empresas o estudios. Creo que eso es un fenómeno que siempre se ha dado y es distinto al de la diversidad de género.

María del Carmen Tovar (MT): Respecto de la edad, yo creo que es un tema diferente porque la experiencia o la edad de los abogados siempre es bien vista por el mercado. Muchas empresas o patrocinados pagan para que los asesore o represente un abogado con experiencia, y es un requerimiento que necesariamente se traduce en la demanda laboral.

En su Reporte se menciona que el riesgo de no hacer nada respecto de este problema es real. ¿Cuán real es este riesgo en Sudamérica?

CC: Yo creo que el riesgo es tan real aquí como lo es en los Estados Unidos. Tienes a la misma cantidad de hombres y mujeres que se gradúan de las universidades aquí también. Si un empleador no se preocupa por retener a las abogadas dentro de un mercado tan competitivo las va a perder porque se irán a otros lados y cuando pierde a sus mejores talentos está perdiendo necesariamente un activo importantísimo. En las empresas y estudios de abogados hay una fuerte inversión en los mismos abogados y dejar que se vayan a otras partes es perder dinero.

MT: Yo estoy de acuerdo con Carrie. Otra forma de verlo es desde la perspectiva de la mujer. Si una mujer tiene las mismas capacidades que un hombre y siente que no es contratada o que no se le otorga iguales oportunidades se sentirá discriminada y eso necesariamente afectará su rendimiento laboral. Eso no solo es un problema laboral legal, sino que vive en nuestra propia sociedad.

CC: Además, existen muchos clientes que demandan diversidad en las firmas legales con las que contratan, ya sea por un tema de políticas de contratación o porque se sienten mejor trabajando tanto con mujeres como con hombres en la mesa. Este es un requerimiento cada vez más común en los Estados Unidos y en tanto el avance de la globalización de mercados es incuestionable, no sería extraño que se presente también en Argentina o Perú.

¿Cuán importantes son las prácticas pre profesionales en este aspecto?

CC: Bueno, quizás no las prácticas pre profesionales pero sí la edad de las abogadas es un tema particularmente vinculado a la generación de oportunidades de desarrollo. Algo que descubrimos en nuestra investigación es que las jóvenes abogadas trabajan mucho y están casi todo el tiempo en la oficina haciendo un trabajo de muy buena calidad. Sin embargo, no llegan a conocer a la gente adecuada tanto como los hombres, quienes sí socializan más saliendo a tomar con los abogados mayores después de trabajo y así consiguen mayores oportunidades en litigios y transacciones más importantes. Así, las jóvenes abogadas carecen de la suficiente exposición para avanzar en el mundo laboral legal.

Algunas de las recomendaciones de su Reporte requieren de una cierta inversión del empleador. ¿Cree que esto puede resultar desalentador para algunas empresas o estudios pequeños?

CC: Creo que la inversión más que nada es de tiempo y de energía, no financiera. Tan solo la parte referente a brindar horarios laborales más flexibles podría estar relacionada con un tema económico, ya que dependiendo del tamaño del centro laboral esto podrá acomodarse o no en función del número de trabajadores. Pero, en general, la inversión principal y determinante no es de dinero por lo que eso no podría ser una excusa para que no se busquen maneras de propiciar la igualdad.

Doctora Tovar, Usted ha sido una de las primeras socias de un Estudio en Perú. ¿Cómo cree que ha cambiado el panorama en los últimos años?

MT: Creo que la situación ha cambiado dramáticamente. Yo fui la primera socia del Estudio Echecopar y puedo distinguir un cambio en la actitud de mis colegas mujeres y de los otros socios también. Cuando llegué aquí hace cinco años sólo éramos cinco o seis mujeres y ahora somos más de veinte, y tres socias. Las cosas están cambiando y el cambio parte por establecer ciertos modelos de referencia que motiven a las jóvenes abogadas a seguir trabajando aquí porque las oportunidades de desarrollo existen y son para todos. Somos uno de los Estudios más grandes y antiguos del Perú pero eso no nos hace desfasados, queremos seguir creciendo y trabajar en temas de diversidad de género que es una parte esencial de ese crecimiento. Nos gustaría también poder trabajar con otros Estudios en estos temas porque creemos que es un tema que nos concierne a todos y que a la larga nos beneficiará también a todos. Por ejemplo, en los últimos años hemos contratado a muchas abogadas que están haciendo un gran trabajo y queremos continuar haciéndolo.

El texto íntegro del trabajo de la doctora Carrie Cohen en inglés, así como su traducción oficial al español, están disponibles en forma gratuita en nuestra página web:

http://www.enfoquederecho.com.

El derecho en movimiento

Vistazo Legal

Buenas Prácticas Sindicales

Jorge Toyama
Analista
Laboral

Usualmente las expresiones "sindicatos", "negociación colectiva", etc. tienen una carga peyorativa en el mundo empresarial. Recibir un pliego de reclamos, tener un trabajador afiliado, entre otras no son muestras de un adecuado manejo de las relaciones humanas o de la propia gestión empresarial.

Sin embargo, desde hace algunos años se ha iniciado una casuística interesante de buenas prácticas sindicales que tienden a ser cada vez más frecuentes y que generan adecuados procesos de negociación colectiva, clima laboral propicio así como relaciones comunales y sociales sostenibles en el tiempo. Veamos algunas prácticas sindicales.

En varias empresas existe, en primer lugar, una apuesta hacia el diálogo en los procesos de negociación colectiva y al trato directo como mecanismo de solución de conflictos de trabajo, capacitación a dirigentes sindicales en técnicas de negociación, instalación de mesas permanentes y dinámicas de negociación y solución de disputas, comités de interpretación y aplicación de convenios colectivos, etc.

De otro lado, la apertura al negocio y la transparencia de la información es una tendencia rescatable. Así, tenemos exposiciones al personal sobre la situación económica de la empresa con presencia del auditor externo, informes periódicos sobre los movimientos de trabajadores así como niveles remunerativos, sociales, cotizaciones a la seguridad social, etc.

Algunas empresas brindan al sindicato un momento para reunirse con los nuevos trabajadores en los procesos de inducción, licencias sindicales mayores a los previstos legalmente, facilidades sindicales (local, computadoras, gastos en general), organización de eventos deportivos y culturales entre la empresa y el sindicato, movilidad y viáticos en los procesos de negociación colectiva, etc.

Además, se realizan actividades conjuntas de ayuda social tales como voluntariado, apoyo a las comunidades, asistencia social (algunos como los vistos en el reciente terremoto a la población afectada en los que se otorgó días de licencia retribuidas para ayudar a los afectados, donaciones económicas, entrega de materiales de construcción civil, voluntariado, etc.).

Finalmente, tenemos la participación del sindicato en los determinados beneficios para el personal tales como la elección y supervisión de las prestaciones asistenciales, de seguridad y salud, condiciones de trabajo, etc. O también para supervisar a concesionarios de alimentos, elegir a los proveedores de uniformes, gestionar paritariamente la salud y seguridad en el trabajo, etc.

En definitiva, se aprecia empresas que buscan un mayor involucramiento de los trabajadores en la gestión de procesos así como la creación de valores conjuntos, la inclusión de cláusulas de productividad y competitividad, un trabajo conjunto para mejorar las relaciones humanas en las empresas, la creación de comités de trabajo o coordinación conformados por representantes de empresas y de trabajadores que plantean y hasta resuelven conflictos a determinados niveles, voluntariado laboral y sindical a favor de las comunidades, inversión en capacitación y formación profesional. La casuística es tan rica como el número de las empresas que implementan estas buenas prácticas. Inclusive, no resulta inusual que se califique al sindicato como "un aliado estratégico" de la empresa o, cuando menos un "stakeholder".

Corrupción vs. Mercado: Razones para la intervención Estatal

Freddy Escobar
Analista
Civil

La teoría económica señala que cuando no existen costos de transacción altos la reasignación de recursos escasos debe ser realizada por el mercado, pues éste, al tomar en consideración las preferencias individuales de los agentes, garantiza que los referidos recursos sean empleados en sus usos alternativos más eficientes. Veamos con un ejemplo cómo es que esto resulta cierto.

Imaginemos que A es propietario del recurso X y que valora ese recurso en 100. Imaginemos también que B valora el recurso X en 150. Bajo este supuesto, A estará dispuesto a vender el recurso X a cualquier precio por encima de 100, mientras que B estará dispuesto a comprar el referido recurso a cualquier precio por debajo de 150. Si A y B celebran un contrato y cumplen sus obligaciones, ambos estarán notoriamente mejor que antes, en tanto que cada uno tendrá en sus manos el recurso que más valora (A valora más el precio, digamos 110, y B valora más el recurso).

Para que los agentes lleguen a celebrar transacciones mutuamente beneficiosas los costos de transacción no deben ser significativos. En palabras de Coase y de Williamson, los costos de transacción no son otros que los que se generan por el hecho de hacer funcionar el sistema de mercado. En términos específicos, tales costos se descomponen en tres: (i) los costos de acceder a la información relevante, (ii) los costos de negociar y celebrar contratos y (iii) los costos de hacer cumplir los contratos.

Volvamos a nuestro ejemplo para notar cómo los costos de transacción significativos resultan nocivos para el mercado. Imaginemos que B tiene que soportar costos de transacción por 30 (debe invertir dinero para encontrar al propietario de X). En este caso, A seguirá dispuesto a vender X por cualquier precio por encima de 100, pero B solo estará dispuesto a comprar ese recurso por un precio que no exceda 119 (150 − 30 = 120). En este escenario, aún existen posibilidades para que la transacción se realice. ¿Pero que ocurrirá si A debe también incurrir en costos de transacción por 30? En tal supuesto, es obvio que la transacción no se realizará, pues A solo estará dispuesto a vender X por un precio mínimo de 131 (100 + 30 = 130), mientras que B solo estará dispuesto a comprar ese recurso por un precio que no exceda 119. Los altos costos de transacción habrán frustrado la realización de una transacción mutuamente beneficiosa.

Para promover la eficiencia es indispensable que el Estado reduzca los costos de transacción. Normalmente, el Estado se preocupa por reducir el costo de acceso de la información relevante (obligando a los proveedores de bienes y servicios a suministrar ex ante dicha información), pero hace muy poco para reducir el costo del cumplimiento de los contratos. Claramente uno de los mayores problemas que enfrentan los agentes que quieren hacer cumplir sus contratos es el de la corrupción. Con oficiales y jueces corruptos, a los agentes les es imposible anticipar si los contratos efectivamente se ejecutarán en los términos pactados o si los remedios que la ley otorga ante el incumplimiento serán efectivamente aplicados. ¿El resultado? Encarecimiento injustificado del sistema de contratación (innecesaria complejidad de los contratos, necesidad de constituir garantías costosas y de someterse a jurisdicciones arbitrales pagadas, etcétera).

En este contexto nada alentador, parece que tenemos una buena noticia: el gobierno ha creado en estos días la nueva Oficina Nacional Anticorrupción (ONA), pese a las "protestas" de la Fiscalía de la Nación y del Congreso (¿con que cara?). Si como ha dado a entender el Presidente, se trata de un primer paso en el esfuerzo serio de la lucha contra la corrupción, el mercado no puede sino respaldar esta decisión. Por de pronto, el que se halla confiado la dirección de la ONA a Carolina







Lizarraga, egresada de las aulas de dos universidades sumamente prestigiosas (PUCP – Yale) y reconocida por su labor en sede judicial, es un signo altamente positivo. Esperemos pues que iniciativas como esta logren en un futuro no muy lejano reducir los costos asociados al cumplimiento de los contratos. De eso depende también la eficiencia del mercado.

Las tasas de interés en operaciones fuera del Sistema Financiero

Rafael Corzo
Analista
Banca y Seguros

Corresponde al Banco Central de Reserva del Perú (en adelante, el "Banco Central"), por disposición constitucional y de acuerdo a lo establecido en su Ley Orgánica, regular y establecer las tasas máximas de interés aplicables a las operaciones que se celebran fuera del Sistema Financiero. Debe tenerse en cuenta que en el caso de las operaciones que se celebran en el Sistema Financiero, las tasas de interés se determinan libremente, sin que en este momento resulte aplicable ningún límite (*). Así lo establece el artículo 9 de la Ley General del Sistema Financiero (Ley 26702). Consecuentemente, la fijación de las tasas de interés en el Sistema Financiero Peruano responde a las leyes de la libre competencia en dicho mercado.

Dentro de este marco legal y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1243 del Código Civil, el Directorio del Banco Central ha aprobado, con vigencia a partir del 1 de octubre de 2007, la Circular 021-2007-BCRP, a través de la cual ha dispuesto que las tasas máximas de interés convencional (compensatorio o moratorio) aplicables para operaciones que sean celebradas fuera del Sistema Financiero se fijarán considerando "la tasa promedio del sistema financiero para créditos a la microempresa" publicada diariamente por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs (en adelante, la "Superintendencia") y no, como sucedía hasta el 30 de septiembre pasado, considerando las tasas de interés activas promedio de mercado en moneda nacional y en moneda extranjera (TAMN y TAMEX).

Para tener una idea general del efecto práctico de esta modificación, debemos señalar, por ejemplo, que, al día 22 de octubre de 2007, la tasa máxima de interés convencional compensatorio en moneda nacional se ha incrementado de 22.72% efectiva anual (TAMN) a 44.64% efectiva anual (tasa de interés promedio del Sistema Financiero para créditos a la microempresa en Nuevos Soles). En el caso del límite máximo de la tasa de interés convencional compensatorio en moneda extranjera, el mismo se ha incrementado, a esa misma fecha, de 10.44% efectiva anual (TAMEX) a 24.84% efectiva anual (tasa de interés promedio del Sistema Financiero para créditos a la microempresa en Dólares Americanos).

Ahora bien, respecto a esta medida que ha sido adoptada por el Banco Central, consideramos lo siguiente:

- Creemos que no resulta razonable que las empresas del Sistema Financiero cuenten con un régimen de libertad para la fijación de tasas de interés en sus operaciones y que, por otro lado, como sucedía en el caso de las operaciones que se celebran fuera del Sistema Financiero, se fijara una tasa máxima de interés convencional reducida que no tenía en cuenta criterios objetivos asociados a este tipo de operaciones de financiamiento.

- Para determinar las tasas máximas de interés en operaciones fuera del Sistema Financiero, coincidimos con la posición que ha sido adoptada por el Banco Central de tomar como referencia situaciones que son similares y resultan comparables. El riesgo crediticio y la legítima rentabilidad esperada por dicho riesgo, debe tener en cuenta, por ejemplo, el segmento de mercado al cual se concederá este tipo de financiamientos (que se trata en muchos casos de personas que no tienen la posibilidad de acudir a una empresa del Sistema Financiero), así como los riesgos y costos mismos asociados a estas operaciones.

- Si bien es cierto, en un primer momento, esta medida podría generar que las empresas del Sistema Financiero reduzcan en alguna forma el nivel de sus colocaciones, debido al hecho que, por ejemplo, las casas comerciales y otros agentes económicos optasen por conceder directamente financiamiento a sus clientes por los bienes y servicios que comercializan o prestan, esta situación, creemos, debería determinar que se genere una sana competencia entre ambos sectores para beneficio de los clientes y los consumidores en general, y

- Se debe tener en cuenta que el otorgamiento de créditos y financiamiento fuera del Sistema Financiero debe considerar, como aspectos importantes, una actuación transparente y equilibrada en la contratación (normas de protección al consumidor en el crédito) y el tratamiento tributario aplicable (esencialmente en materia de IGV).

En base a lo señalado, creemos que esta medida del Banco Central debería incentivar la generación de mayores oportunidades y alternativas de financiamiento para cierto segmento de mercado que actualmente no puede acceder al Sistema Financiero o que, en todo caso, lo hace en condiciones más onerosas que las que podría obtener directamente de sus proveedores de bienes o servicios. Sin embargo, dentro de ello, deberán cuidarse ciertos aspectos vinculados con la transparencia y forma de contratación, cuyo control y supervisión será competencia de la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI y no de la Superintendencia, al tratarse de operaciones que se celebrarían fuera del Sistema Financiero.

(*) Sobre este punto en particular, corresponde mencionar que dentro de las disposiciones del artículo 9° de la Ley General del Sistema Financiero se establece que deberán observarse, de ser el caso, los límites que para el efecto pudiese señalar en forma excepcional el Banco Central.

Avatares de la contribución al Fonavi

Eduardo Sotelo
Analista
Invitado

Desde esta misma página hemos saludado más de una vez los aciertos del Tribunal Constitucional en materia tributaria. Hoy nos toca, por el contrario, criticar severamente la inexplicable Sentencia 01078-2007-AA relacionada con el referéndum para la aprobación de la Ley de devolución del dinero de la contribución a FONAVI.

El nudo central del caso consiste en determinar si las contribuciones de los trabajadores al FONAVI, creadas por el Decreto Ley 22591, constituyen un tributo. De ser positiva la respuesta, el referéndum resultaría improcedente, pues el artículo 32 de la Constitución prohíbe el sometimiento a este mecanismo de las normas en materia tributaria.

El fallo, entonces, efectúa un amago de examen en el marco del artículo 74 de la Constitución, que no repetiremos, pero sí comentamos.

Después del escueto examen que ocupa apenas cuatro cortos párrafos de la sentencia y que cualitativamente profundiza poco, se concluye que las contribuciones de los trabajadores al FONAVI "no son impuestos desde el 30 de junio de 1979 hasta el 31 de agosto de 1998".

La sentencia, en la parte que comentamos (IV. Fundamentos, 2), desde la perspectiva de alguien medianamente

Vistazo Legal

instruido en la especialidad tributaria, adolecería, en modesta opinión, de los siguientes defectos: 1) introduce un test inédito y defectuoso de elementos esenciales de un tributo, sin precedente en nuestro derecho (3er párrafo in fine), 2) dicho test alude sólo a la exigencia de "ley" para crear tributo –cuando el artículo 74° de la Constitución admite que pueden crearse algunos tributos también mediante decreto supremo–; 3) exige asimismo el test, que se trate de "obligación pecuniaria", y el tributo no siempre lo es –cabría imponerlo, excepcionalmente, pero no legítimamente, como obligación en especie, i.e. de dar bienes, nunca como obligación de prestar de servicios, aunque el pago sí podría, voluntariamente, ser recibido, en casos excepcionales y mediando autorización legal, incluso en servicios– 4) exige, aun cuando ello sea recomendación de sana política y técnica legal, una alusión expresa a la creación de un tributo cuando se decreta una exacción obligatoria, y hace de esta alusión un elemento esencial para determinar naturaleza de tributo (cuarto párrafo); 5) hace del carácter del sujeto administrador de un recurso público un rasgo determinante de la naturaleza tributaria de dicho recurso (cuarto párrafo); 6) contiene implícita una definición arbitraria de actividad o servicio público, que excluye sin justificación la labor del Estado atendiendo las necesidades de vivienda de la población (cuarto párrafo) y, 7) llega a confundir impuesto, tomándolo como un todo, con tributo, cuando se trata tan sólo de una de sus especies (cuarto párrafo in fine).

El encomiable voto singular de dos magistrados salva, no obstante, la dignidad del tribunal colegiado en este concreto fallo y apunta, correctamente, a la mejor línea ya adoptada en jurisprudencia precedente.

Aún concediendo que cupiesen dubitaciones conceptuales sobre la verdadera naturaleza de la contribución de los trabajadores al FONAVI, ningún objetivo político económico justificaba la defección que hace el TC de los sanos conceptos y metodología que venía utilizando en materia tributaria.

La nueva versión de test para hallar tributo, ha tornado bastante más difícil explicar el concepto de tributo en un aula de clase, dado la altura autoritativa de la que goza este Tribunal. Una corrección futura, expurgando el análisis tributario en sus fallos, resulta imperiosa y urgente.

Confianza... he ahí el asunto

Julio Guadalupe
Analista
Comercio exterior

En el contexto cada vez mayor de apertura comercial en el que nos encontramos inmersos como país (siguiendo por cierto una tendencia mundial cada vez mas marcada), resulta prioritario que el comercio exterior peruano se encamine a paso acelerado hacia la denominada "facilitación".

Para que ello ocurra, resultará necesario implementar una serie de dispositivos que permitan que, en general, los procesos y trámites seguidos ante la autoridad aduanera dejen de ser cada vez menos lentos y engorrosos para convertirse cada vez en mas ágiles y expeditivos.

La lógica que está detrás de lo expuesto es tan simple como práctica (y con esto no vamos a descubrir la pólvora): cada día de atraso en los trámites o procesos seguidos ante la autoridad aduanera implica sobrecostos (no trasladables) para la operación comercial y, por ende, dinero que el operador de comercio exterior pierde o, al menos, deja de ganar, situación que origina finalmente falta de competitividad, con el agravante que aquel que no es competente en estos tiempos pues sencillamente sale del mercado.

Por lo expuesto, es que las normas aduaneras vigentes, así como aquellas que sean expedidas en el futuro, deben ser aplicadas e interpretadas en un sentido facilitador del comercio exterior, siendo necesario para ello que se privilegie el contenido y efectos jurídicos de las declaraciones (con calidad de juradas) que lo operadores del comercio exterior presentan ante la autoridad aduanera y que contengan la información (y, cuando el caso lo amerite, las explicaciones necesarias) requerida para procesar y autorizar su pedido.

En efecto, el fin que persigue una declaración jurada efectuada ante la autoridad aduanera (o administrativa en general) es generar credibilidad en el accionar del administrado debido a que a dicha declaración le resulta de aplicación un principio rector en materia de facilitación, nos referimos al principio de presunción de veracidad.

Sobre esta base, para que el sistema (estructurado en torno a la facilitación) funcione se requiere, necesariamente, partir del hecho de considerar que el administrado está obligado a declarar la verdad y, en contrapartida, la autoridad aduanera está obligada a considerar por verdaderos los hechos y afirmaciones del administrado. Ello, como es lógico, dejando a salvo el derecho con el que cuenta la Administración de verificar "ex post" (fiscalización posterior) si tales hechos o afirmaciones son o no verdaderos, así como de establecer las sanciones administrativas, civiles e incluso penales que pudiesen corresponder en caso que se detecte falsedad de lo declarado.

En nuestra opinión, el sistema debe funcionar así. Tiene que funcionar así pues no puede hacerlo de otra forma.

Así las cosas, el referido sistema, así sustentado, se resquebrajaría si el administrado no dice la verdad (pero también sucedería lo mismo en caso que la administración aduanera no confíe en lo que declara el administrado.

Analicemos esto, pues es importante. La autoridad aduanera tiende a no confiar en las declaraciones efectuadas por los operadores de comercio exterior pues ha verificado en la práctica (como, de hecho, ha ocurrido) múltiples casos en que aquello que se declaró no era verdad. Aquí hay un trabajo pendiente por hacer de parte de los operadores. Pero por otro lado, tampoco es dable "castigar" a los declarantes honestos (sometiéndolos a indagaciones y "excesos de celo" en muchos casos injustificados) por la culpa de algunos insensatos que han buscado o buscan sorprender a la autoridad para conseguir ventajas personales. Aquí también hay un trabajo pendiente por hacer de parte de la autoridad aduanera.

Existe tarea pendiente para ambas partes. Si queremos entrar de plano al círculo virtuoso que supone la facilitación del comercio exterior (con todas las ventajas que ello implica) la palabra clave es CONFIANZA. Se requiere tener confianza tanto en la persona que efectúa la declaración (operador) como en la persona que la evalúa y se pronuncia sobre ella (autoridad).

Como se aprecia, lo imperioso en este caso es rescatar el verdadero sentido y valor de la DECLARACIÓN y del halo de veracidad que debe presumirse en torno a ella.

La justicia en el fútbol

Phillip Butters

El común de los aficionados al fútbol, inclusive los que no los son tanto, relacionan el tema de la justicia futbolera a una cuestión de competencia exclusiva de los que se visten de negro y ocasionalmente corren por la raya lateral con un banderín en la mano. Esos son los únicos árbitros de los que se tiene noticia y por lo general sufren tanto desprestigio como los que ejercen de jueces en nuestro desvencijado Poder Judicial.

La formación moral y fortaleza mental vienen de la cuna, eso es patrimonio personalísimo. Sin embargo, la capacitación técnica y física, además abrir el abanico a la competencia internacional se niegan a que se contraten ternas foráneas que seguro harían mejorar ostensiblemente el nivel del "referato" nacional. No obstante, la injusticia reinante en el mundo pelotero es mucho más amplia y aberrante que una equivocación al cobrar un penal, un foul artero, o una "carretilla" de gran similitud a las que se usan diariamente en los linchamientos colectivos.

El mayor drama del fútbol peruano se da en la informalidad e irrespeto por las normas que la misma Federación Peruana de Fútbol (en adelante, "FPF") ordena y publica, y que sistemáticamente son violadas sin que el ente rector haga nada para que se respete el ordenamiento jurídico. Es más, la FPF promueve directamente el caos al continuamente actuar en contra de la ley. La famosa amnistía al Sport Ancash es emblemática además de avalar con sus continuas omisiones los clubes morosos con los sueldos de jugadores todas las tropelías de sus asociados que les son afines para sus fines re-eleccionarios. Al parecer, su razón de ser, la mera permanencia de sus directivos, es en los hechos, su principal función.

De modo alguno, el desarrollo del fútbol organizado es su prioridad, en ese sentido, cabe preguntarse, ¿es posible el desarrollo de alguna institución sin que las llamadas Comisiones de Justicia y Comités Electorales sean verdaderamente autónomas y diriman controversias de acuerdo a ley? Contrariamente a lo que cualquiera pudiera pensar, las leyes futboleras en Perú son por demás adecuadas, el tema es que no se cumplen.

Cabe aclarar que las Comisiones de Justicia no solamente tienen que ver con las sanciones a los jugadores expulsados, sino también con los diferendos por impugnaciones y reclamos dados entre clubes y frente a las propias asociaciones. Los litigios por contrataciones entre jugadores, entrenadores, y clubes los evalúa, mediante laudos arbitrales inapelables, por Estatuto del Jugador -documento reconocido por la FIFA-, la Cámara de Resolución de Disputas (CRD), ente arbitral que si ejerce funciones de manera normal y fluida y en donde normalmente los clubes pierden sus causas. Esa institución fue un logro de la Agremiación de Jugadores luego de la huelga del 2003. Es importante informar que los laudos de la CRD los debe hacer cumplir el Directorio de la ADFP, cosa que no se hace con la diligencia, velocidad, y oportunidad requeridas.

Si se tuviera una real vocación de cambio, tanto la FPF como los clubes deberían solicitar el apoyo del Colegio de Abogados de Lima para que hagan llegar ternas de letrados especialistas en arbitraje para que mediante votación se escoja entre ellos a quienes administrarán la justicia. Una vez elegidos democráticamente se podrán establecer las dos salas, debidamente rentadas, que actualmente conforman la Comisión de Justicia de la ADFP (3 miembros) de primera instancia y la definitiva de que es la Comisión de Justicia de la FPF (3 miembros) de segunda instancia, que hoy penosamente son elegidas "a dedo" para mantener el "status quo" en vez de cumplir con su natural misión.

Lo mismo se debería hacer con los Comités Electorales, tanto en los clubes como en la FPF, eso realmente le daría transparencia a la toma de decisiones y no estaríamos observando como se viven virtuales "odiseas" para acceder a los directorios de Universitario de Deportes, Alianza Lima o al de la propia FPF donde últimamente su Comité Electoral aceptó ilegalmente la postulación de la lista de Burga, solo por nombrar los escándalos más recientes. Es significativo el caso del equipo victoriano que actualmente tiene suspendidas las elecciones por una medida cautelar emitida por el Trigésimo séptimo Juzgado Civil de Lima que accedió a la solicitud de una lista de candidatos que consideraron que existían derechos conculcados por el Comité Electoral que designó ¡qué casualidad! la actual directiva. Este hecho se ha llevado a cabo en la medida que se tuvo el tiempo de recurrir a los tribunales ordinarios. Curiosamente el Comité Electoral de la FPF que avaló la candidatura de Manuel Burga emitió su "bandera blanca" con ¡dos horas! de antelación a los comicios que los reeligieron, en una clarísima maniobra que grafica la falta de respeto al más elemental Estado de Derecho.

El apoyo del CAL es de facilísimo acceso, cabe preguntarse entonces, ¿por qué no les interesa a los dirigentes deportivos gozar de verdadera justicia?

De Observancia Obligatoria

Una resolución ezquisofrénica

Cecilia O'Neill de la Fuente

"Esquizofrenia" deriva del griego shizo (escisión) y phrenos (mente). Un esquizofrénico padece de una distorsión de la personalidad que lo conduce a comportamientos incoherentes y a asumir roles divididos. Es como ser dos personas en una.

Algo parecido le pasó al funcionario de Compañía Minera Algamarca S.A., que además de representarla como gerente general, actuó como su apoderado en una transacción.

Algamarca aprobó la transferencia de activos a Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. La aprobación se hizo vía Junta de Accionistas porque así lo requiere la Ley cuando se enajena en un solo acto activos cuyo valor supera el 50% del capital.

Se suscribió un documento que contiene dos negocios: transferencia de bienes y celebración de convenio arbitral. Hay dos negocios porque incuestionablemente el convenio arbitral es separable e independiente del contrato del que puede surgir una controversia.

Al firmar el documento, el representante de Algamarca invocó su calidad de apoderado. La Junta de Accionistas que lo invistió de facultades para vender los activos no lo autorizó a someter las controversias a arbitraje. Pienso que no tenía que hacerlo, pues tal persona era además gerente general. Pero la Corte Superior opina distinto. Tan distinto, que ha anulado el laudo que, imagino, no le era favorable a la recurrente.

La Corte aborda dos temas, mejor dicho, menciona dos temas. Primero se pregunta si el apoderado podía, como apoderado nada más, someter la controversia a arbitraje. Coincido en que no. Lo que no analizó la Corte es si un gerente general puede someter una controversia a arbitraje por el solo hecho de serlo.

Lo curioso es que la solución a este tema, el más importante, es omitida "expresamente" por la Corte. El argumento: como el representante sólo se identificó como apoderado, no actuó como gerente general y por tanto era innecesario pronunciarse. La Corte avala pues la esquizofrenia, al exigir que el representante se ponga el sombrero de apoderado, para luego quitárselo y ponerse el de gerente. Todo en un mismo documento.

No sólo era necesario pronunciarse, sino además aclarar dos cosas: no es necesario para la validez de un negocio que el representante dé cuenta de su condición de tal. Aunque el artículo 154 del Código Civil lo exige, la inobservancia de este deber no invalida el acto. Además, esta exigencia carece de sentido cuando nos encontramos ante un supuesto de representación "orgánica", propio de la administración de las personas jurídicas, y no ante uno de representación "voluntaria" (apoderados). Aunque desde una perspectiva práctica el matiz se diluye, no debe olvidarse que a diferencia de un apoderado, que sustituye la voluntad del representado, el gerente la forma.

Invocar la condición de gerente general para obligar a la sociedad no sólo es innecesario (artículo 280 del Código de Comercio) sino además tan irrelevante que según el artículo 13 de la LGS quienes no son representantes no obligan a la sociedad, aunque actúen en nombre de ella. O sea, si quien es gerente no menciona su título, el acto es válido, a la inversa, si quien no es gerente invoca esa condición no obliga a la sociedad. Lo que importa es pues la sustancia, no la forma.

El otro tema que debió dejar claro la Corte es que el gerente general sí puede someter controversias a arbitraje aunque ello no se indique expresamente en el estatuto. Hay varias razones.

Primero, porque suscribir un convenio arbitral supone celebrar un contrato como cualquier otro. Se trata de un acto de gestión ordinaria propio de la administración de la sociedad (de hecho, el CPC permite que el gerente desvíe la controversia de un proceso judicial a uno arbitral). No importa que la operación a que se vincula el arbitraje se haya aprobado por Junta de Accionistas (sin ser un acto de gestión ordinaria), pues el convenio arbitral no sólo es independiente y separable, sino que además es principal y no accesorio.

En segundo lugar, no puede invocarse el artículo 167 inciso 3) del Código Civil que exige al representante facultades expresas para someter controversias a arbitraje. En el caso de un gerente general ello sería tan absurdo como exigir facultades especiales para los casos de los incisos 1 y 2 (disponer de bienes y celebrar transacciones). En realidad, la distinción entre representación "orgánica" y "voluntaria" no es tan inútil en la práctica.

Finalmente, en caso de duda sobre la validez de un contrato, debe preferirse la tesis que favorezca su subsistencia. Me refiero al principio de conservación en la interpretación de los negocios, que es particularmente importante cuando de lo que se trata es de proteger el convenio arbitral y su vigencia.

Esperamos que la Corte Suprema aplique la terapia adecuada para equilibrar al esquizofrénico.

Bajo la Lupa

Desde un lugar in(visible)

Diego Ocampo
Estudiante de cuarto ciclo de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Cuando uno piensa en un grupo humano indígena relaciona su problemática a la sociología del derecho, se olvida de que subyace la propia existencia de estas personas y la vigencia de sus derechos.

Expliquémonos con la fotografía de Heinz Plenge que invitamos a imaginar: una mujer desnuda desafía con una flecha la avioneta desde la cual se capturaba la fotografía. La mujer indicada pertenece a uno de los pueblos en aislamiento voluntario de la Amazonía peruana. Ahora, imagínese que cerca de donde habitan estos pueblos se realizaran actividades hidrocarburíferas.

Tiempo después de que la avioneta sobrevolara la selva peruana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos realizó una audiencia a favor de estos pueblos a propósito del pedido de una ONG que solicitaba medidas cautelares en favor de estas personas.

Los peticionarios señalaron que las medidas estatales dirigidas a estos grupos humanos son insuficientes para proteger los derechos de estos pueblos frente a las actividades de extracción promovidas por el propio Estado. Los peticionarios arguyeron que la vida de estas personas se encuentra en riesgo.

El Estado no cuestionó la competencia de la Comisión para brindar medidas cautelares. La defensa del Estado se centró en evidenciar su compromiso transversal con estos pueblos particulares. El Estado recogió el testimonio de un miembro de otro pueblo similar que no intuye un riesgo ab initio puesto que en su caso la interacción con otros sujetos satisfizo a las distintas partes. Así, el Estado concluyó que puede promover acuerdos satisfactorios entre los pueblos en aislamiento voluntario y las empresas de inversión, cual aplicación del teorema de Coase, siendo posible la compensación a estas poblaciones por las actividades petrolíferas o la reserva territorial, según proceda.

La aprobación reciente de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas propiciada por el Perú acentúa la preocupación estatal por estas personas. Hasta antes de la dación de este instrumento, estos pueblos no estaban subsumidos con la misma intensidad en el discurso de los derechos humanos. No obstante, debemos recordar las palabras de Clara Burbano cuando refiere que las medidas cautelares de la Comisión no resuelven prácticas sistemáticas de exclusión estatal. Esperamos de buena fe que la situación de estos pueblos no se halle en el extremo que advierte Burbano. De lo contrario, las preocupaciones son lógicas y no responden a ideologías intransigentes contra toda actividad de explotación de los recursos naturales.

La imagen de la mujer frente a la avioneta nos denota la vulnerabilidad real de estas poblaciones. El Estado podría arriesgar en las negociaciones la identidad de estas poblaciones donde los costos de transacción sobrepasarían las expectativas estatales.

Este escrito se limita a observar que el inicio del diálogo iniciado por la Comisión debe proseguir en el ámbito interno. Es lo menos que podemos hacer con personas excluidas del diálogo público.

THĒMIS
Revista de Derecho



Finanzas Corporativas

TEMA CENTRAL: FINANZAS CORPORATIVAS

Sergio Rodríguez Azuero
Fernando Zunzunegui
Salvador Sánchez-Terán Sánchez-Arjona
Eva Ferrada Lavall
José Antonio Payet Puccio
Diego Peschiera Mifflin
Rafael Corzo de la Colina
Alberto Rebaza Torres
Alex Córdova Arce
Ismael Noya de la Piedra
Mauricio Balbi Bustamante
Luis Pizarro Aranguren
Paul Castritius Mendoza
Juan Carlos de los Heros Echecopar
Jorge Lazo Navarro
Narghis Torres Pérez
Luis E. Vargas Loayza
Rafael Llosa Barrios
Andrés Pesaque Mujica

MISCELÁNEAS Y ENTREVISTAS

Anthony Ogus
Pierino Stucchi López Raygada
Robert Briner
William W. Fisher III
Lawrence Lessig

MESA REDONDA: TRABAJO PROBONO Y ACCESO A LA JUSTICIA

Todd Crider
Paula Samper Salazar
Javier de Belaunde L. de R.
Juan Pablo Olmedo Bustos
Martín Zapiola Guerrico

NUEVA SECCIÓN: DESTREZAS LEGALES

Shoschana Zusman Tinman

54
edición

THĒMIS - 2do piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Teléfono: 626-2000 anexo 5391 Fax: 271-4342 themis@pucp.edu.pe

THĒMIS | Seminarios



MECANISMOS DE FINANCIAMIENTO EN EL MERCADO PERUAN

BBVA Banco Continental, Av. República de Panamá 3055 San Isidro (Auditorio)